

# 商事登记的效力问题探究

● 侯 帆

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361005)

[关键词] 商事登记 商事主体 对抗效力 公信效力

[摘 要] 商事登记的效力问题是商事登记制度的核心问题,而我国立法对这一问题的规定却很少,本文从商事登记的称谓谈起,借鉴大量国外立法经验考察其效力,从商事登记的一般效力和特殊效力两方面进行系统论述,以期对我国商事登记法律制度的完善有所裨益。

[文献标识码] A [文章编号] 1009-0061(2005)02-0127-03

我国目前没有统一的商事登记法,基本的商事登记制度主要体现在《企业法人登记管理条例》、《公司登记管理条例》、《企业名称登记管理规定》等法规条例,另外还有《民法通则》、《公司法》、《合伙企业法》、《乡镇企业法》、《商业银行法》、《私营企业暂行条例》等法律法规之中也有关于商事登记的规定。与德国、日本等国相比,我国的商事登记制度还存在很多不完善之处,例如立法形式分散,层级较低,立法上重复、空白处多等,尤其是对商事登记的效力,无论是关于商事登记的一般性规定还是具体性的规定,我国均未作完备的规定。本文试从商事登记的范围性质等方面进行切实分析,在此基础上探讨商事登记的效力内容,以期对我国商事登记法律制度的完善有所裨益。

商事登记制度体现了国家的主动介入,具有公法的性质。对其效力的分析也应该从行政法的角度来考察,毕竟商事登记行为是工商行政管理机关的行政行为,从行政确认的角度来看其效力更具可行性。行政行为一经作出,即具有法律上的效力,表现为具有确定力、约束力、公定力、执行力。世界发达国家的商业登记法一般都规定,登记事项经公示之后,即可产生两种法律效力,即对抗力和公信力。通过赋予公示的登记事项以对抗力来保护登记人的合法权益,通过赋予公示的登记的事项以公信力来保护善

意第三人,从而维护交易安全。

## 一、商事登记的范围与其效力的关系

探讨商事登记的效力必然要界定清楚商事登记的范围,商事登记的范围是指哪些商事主体应进行登记。商事登记的范围主要涉及到设立登记中的强制登记主义和任意登记主义效力的问题。多数国家法律规定,只要行为人从事了商事活动就可以或必须履行商事登记。强制登记主义所反映的商事登记效力即是生效主义:非经登记不能成为商事主体,不能从事商事活动。这里,登记注册被作为一种法律事实而加以认定,根据实施这一法律事实行为时起就认定某人具有商人的法律地位,那么此种登记具有创设效力,从经济法角度来看就是市场准入问题,是商事主体资格取得的问题;任意登记主义所反映的商事登记效力则是对抗主义:不登记并不影响商事主体的成立,但是不登记则不具有对抗第三人的效力。

我国采取前一种立法模式,具体见于公司法、合伙企业法等法律法规之中。我国对各种商事主体包括个人独资企业均采登记生效主义,企业非经登记不得成立和开展活动,我国的设立登记具有创设效力。而德国则不相同,《德国商法典》在1998年修订以后,改变了过去对商人的三分法,使商人概念得到简化和统一,为商事交易提供了更加简单明了的规则。现在,经营营业的人即是商人,除非其依种类或

[作者简介] 侯帆(1980-),女,汉族,湖北十堰人,单位:厦门大学法学院经济法系,从事金融法的研究。

规模无需以商人方式进行营业(新《德国商法典》第1条)。也就是说,新商法的登记注册在设立登记这种类型上只有公示效力而无创设效力。就我国的国情而言,经济转轨还没有顺利过渡,暂时还是采取强制登记便于监管。

## 二、商事登记效力的具体分析

商事登记是一项法律行为,所谓商事登记的法律效力是指由商事登记行为而依法产生的相应后果。由于登记行为的复杂性也必然带来登记后果的多样性,因此登记与否,登记是否真实,以及基于不同目的登记会产生不同的效力,对于登记的商事主体和交易第三人而言,效力也不相同。

商事登记的一般效力是指一般的商事登记行为都会产生的后果,包括登记情况真实和不真实分别有不同的法律效力;而商事登记的特殊效力是指不同的商事登记行为会有哪些不同的后果。

### (一) 商事登记的一般效力

#### 1、对抗效力

商事登记对抗效力的消极后果指应登记的事项未经登记公告,不具有对抗第三人的效力,即对善意第三人不具免责力,立法选择上存在生效主义和对抗主义之争;积极后果指应登记的事项一经登记公告,即获得对抗第三人的效力,显然这种积极后果对第三人是中立的。对于消极效力,不管是生效主义还是对抗主义,各国一般均承认其对抗性,而对于积极效力,不同国家承认与否态度有所不同。

(1) 对抗效力的消极后果问题。关于生效主义和对抗主义的争论,登记的事项究竟具有什么效力,存在生效主义和对抗主义两种观点。生效主义是把商事登记作为商事主体实体设立、变更、终止及商事主体重要事项变更的生效要件;对抗主义是把商事登记作为商事主体上述事项得以对抗第三人的对抗要件,不进行相应的商事登记并不影响商事主体设立、变更、终止及商事主体重要事项变更在当事人之间发生效力,只不过效力不能及于第三人,只有经过商事登记程序,才能获得对抗第三人的效力。本文第二部分已有述及,对于设立登记来说,我国采取的是生效主义,那么其他登记事项呢?

比如有限责任公司股东之间的股权转让,只是变更了股东名册,而没有到工商部门登记,如何判断其效力呢?按《公司法》来说,股权转让应当在股东名册上变更,也就是说,股东名册的变更也就完成了股权的转让。实践中常常出现股权转让后没在工商部门变更登记,而后又私自转让给公司以外的其他股东的问题,究竟未登记对外有无效力,笔者赞成江平

教授的观点,应区别不同的情况来对待,设立登记时的事项基本都应是生效要件,对商事主体变更的事项可以分为实质性的事项和非实质性事项来考察,实质性的事项应作为生效条件(比如企业性质的变更等),因为涉及到主体的对外表征问题,但某些事项还应是对抗要件,如股权转让、股东变更等都属于对抗要件。例如关于法定代表人的变更问题,被免除董事长的职务后原董事长仍以公司的名义对外签订合同,但是董事长的变更没有到工商部门变更登记,如果按生效要件就对善意第三人非常不利。登记后的事项已实际改变,在未进行变更登记之前只能按登记事项的现有状况对抗第三人,而不能以改变的事实对抗第三人。对这类问题实践中我国法院也比较支持对抗主义,理论上可以借鉴《合同法》第50条的精神。将来的商事登记立法亟需解决的问题之一就是明确规定登记事项中哪些作为生效要件,哪些作为对抗要件。

(2) 对抗效力的积极后果问题。登记公告的积极效力表现在如果某一事项已经登记并公示,则第三人被推定知悉,即对第三人有抗辩效力。因为此种推定知悉对第三人很不利,所以有些国家并不承认登记对抗力的积极后果,即登记公告不当然具有对第三人的积极对抗力,只要第三人举证证明自己有正当理由不知晓公司登记公告事项即可。而德国倾向于承认登记对抗力的积极后果,在登记公告后的15日之内,商事主体的登记公告不当然对第三人形成积极对抗力,只要第三人举证证明自己不知晓登记事项。而在登记公告15日之后,商事主体的登记公告将获得对第三人的积极对抗力。然而,这种法律上的推定知悉以及时间长短的界定是否科学是很值得怀疑的。查询、了解上市登记事项是第三人的法定权利还是法定义务是导致出现两种立法例的关键所在,同时也导致了是商事主体举证还是第三人举证的问题。对此,施米托夫教授也指出:“这种规定对第三人相当不利,第三人在法国享有的保护多于他在德国所能享有的保护。”而我国立法对此问题完全未有提及,从目前我国企业的发展状态和市场交易效率来看,笔者建议采德国的立法例,但是时间的界定问题却有待进一步考量。

(3) 关于瑕疵登记的对抗效力问题。所谓瑕疵登记指的是已进行商业登记的事项与营业状况的事实不符的情况。瑕疵登记的对抗效力分两种:

一种情况是商事主体的虚假登记,一般大陆法系各国商法典均规定,不得以虚假登记事项对抗善意第三人。虚假登记者违反法定公示义务,应承担不

利的法律后果,瑕疵登记以后到公告前后期间效力有所区别,后文会谈到。

另一种情况是登记机关或由于他人的过错产生的错误登记,对于这种问题的处理各国商法几乎皆无明文规定。笔者以为,从商事法的公示作用来看,错误登记造成第三人损害的,第三人只宜作为商业风险由自己承担。然而有过错的人应当承担责任,例如登记主管机关工作人员玩忽职守、疏忽大意,则应由他人给予适当的赔偿。我国《公司登记管理条例》第58到60条对虚报注册资本、提交虚假证明文件、虚假出资等虚假商业登记的情形规定了严格的处罚措施。

## 2、公信效力

所谓公信效力是指对商事主体登记及公告的事项应推定其具有相应的法律效果,善意第三人根据登记事项所为的行为应当有效,即使该内容有瑕疵,法律对信赖该内容的第三人也将加以保护。登记主管机关在登记后应及时予以公告,这是法律的原则和要求。然而在某些情况下,由于一些程序周折或事实因素,未必能及时进行公告,则在此期间,对于知情的第三人(即恶意第三人),可以对抗,而对于不知情的第三人(即善意第三人),则不得对抗。对此,各国立法基本一致。一般说来,登记事项经注册登记并公告后便赋予公信力。

当公告与登记不一致时,是以登记为准还是以公告为准,即登记与公告的公信力差别问题。对此各国主要有两种立法例,一种以日本为代表,采登记优先主义,另一种以德国为代表,采公告优先主义,即使公告与登记不一致,善意第三人仍可援引公告事项。我国《深圳经济特区商事条例》借鉴了德国法的规定,第20条第二款规定:“与登记事项不一致的公告事项,不能对抗他人;因过错造成公告错误,造成善意第三人损失的,应对善意第三人承担相应的民事责任。”深圳的地方性立法很大程度上起到了示范作用,受到极大的好评。而在《公司登记管理条例》第48条中规定股份有限公司发布的公告与登记不一致的,公司登记机关有权要求公司更正。善意第三人因此受到的损害则在所不问,也无法获得保护。另外,在我国司法实践中常常出现法院并非在充分考虑当事人合法权益的基础上,无视企业登记及公告内容而只是根据企业的真实情况作出裁判。这必然导致社会公众无法根据企业登记及公告的内容行事。

## 3、请求权的效力

商事登记的公信效力、对抗效力在某些情况下是要通过请求权来实现,这里我们把请求权也纳入

商事登记的效力之一。完成商事登记公告后,商事主体或其负责人或利害关系人,享有证明书发给请求权和登记簿及附属文件抄阅请求权以维护其利益。关于这一点我国立法上已经有所规定,如《公司登记管理条例》第47条:“公司登记机关应当将核准登记的公司登记事项记载于公司登记簿上,供社会公众查阅、复制。”

## (二)特殊商事登记的效力

特殊商事登记的特殊之处在于其会产生新的法律关系,而且会在法律上受到比较强有力的保护。本文以商号的登记、企业地址的登记等等登记事项为例进行说明,如前文所说,企业设立登记就是一种很典型的特殊登记。需要注意的是这里所说的效力均是以登记与事实相符为前提的。

商号的登记又称商业名称的登记,商号一经依法登记,即取得了对特定商号独占性的使用权和专用权的效力。尤其在像德国、荷兰承认商人有特殊地位的国家,注册并非一定是取得商人身份的必要构成要素,但要保护商号、名称和商标就必须注册。法律保护主要是通过两个效力来实现的,一是排他效力,即指商号经登记后,在法定的一定范围内,有排斥他人进行同一商号登记的效力。二是请求赔偿的效力,即商号经登记后,法定的范围内如有他人冒用或以类似的商号进行不正当竞争时,已登记该商号的商事主体可以请求其停止使用,造成损害的还可以要求损害赔偿。

商业地址登记的效力表现在如下一些方面:公法上的效力,如决定上级主管机关、征税地等;程序法上的效力,如决定诉讼管辖地、文书送达地、确定商事主体的国籍等;此外还可能决定债务履行地、票据的出票地和付款地等。商业地址即为企业的住所,是依法将某企业的法律关系集中于一地的地址,其意义在于确定企业作为法律主体存在的空间状态,有利于企业从事活动及参加各种法律关系,也有利于政府和公众进行管理监督。

## [参考文献]

- [1] 罗豪才.行政法学[M].北京:北京大学出版社,1996:112.
- [2] 董洪之、华国强.论企业登记公示制度[J].广东职业技术学院学报,1999(3):14.
- [3] 刘安伟采访.著名法学家江平教授就商事登记立法提出五点建议[J].工商行政管理,2002(15).
- [4] 谢非.德国商业登记法律制度的沿革[J].德国研究,2000,(3).

[责任编辑 张月瑶]